

**Constitución y principios
del Derecho Penal:**
algunas bases constitucionales

(Directores)

**SANTIAGO MIR PUIG
JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ**

(Coordinadora)

SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA

tirant lo blanch

Valencia. 2010

El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Profesor titular de Derecho Penal
Letrado del Tribunal Constitucional

I. INTRODUCCIÓN. LOS LÍMITES DE ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹

La aplicación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por parte del Tribunal Constitucional no sólo ha generado un cuerpo relativamente amplio de doctrina acerca del contenido y alcance del derecho fundamental, sino también una considerable fuente de conflicto institucional. Conocidos son los protagonistas de dicho conflicto: el Tribunal Constitucional, de una parte, y el legislador y los tribunales —particularmente el Tribunal Supremo—, de otra. Y conocidas son también las razones del conflicto: en la revisión de si el legislador o los tribunales han vulnerado el derecho a la legalidad penal el Tribunal Constitucional opera en los límites de la función que constitucionalmente tienen asig-

¹ Abreviaturas empleadas: *JpD*: Jueces para la Democracia; *LH*: Libro Homenaje; *LL*: Revista La Ley; *LOPJ*: Ley Orgánica del Poder Judicial; *LOTCC*: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; *RATC*: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional; *REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional *RJCV*: Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana; *RPV*: Reglamento del Parlamento Vasco; *STC /SSTC*: Sentencia/Sentencias del Tribunal Constitucional

nado uno u otro operador jurídico², llegando en ocasiones —al menos a juicio de sus críticos— a sobrepasarlo³.

² El artículo 117.3 CE establece “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (...)”. Asimismo, el artículo 123.1 CE dispone que “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (en igual sentido, el art. 53 LOPJ). Por su parte, el Tribunal Constitucional, como es sabido, es el “intérprete supremo de la Constitución” (art. 1 LOTC), lo que, en rigor, le permite incluso establecer cómo debe interpretarse el artículo 123 CE y, por tanto, el sentido y alcance que haya de darse a la actividad del Tribunal Supremo (Lo pone de relieve, BACIGALUPO, “El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”, en: El mismo, “Justicia penal y derechos fundamentales”, 2002, p. 259), por lo que, siendo ésta la norma suprema del ordenamiento, las decisiones del Tribunal en interpretación de la Constitución serán vinculantes para todos los jueces y tribunales (art. 5 LOPJ).

³ Sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo —o la jurisdicción ordinaria en general—, puede verse, entre otros, BACIGALUPO, “El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”, *cit.*, pp. 257 ss.; ARAGÓN REYES, “Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo”, REDC 2006, pp. 169 ss.; XIOL RÍOS, “Artículo 123”, en: Casas/Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, p. 1911.

Vid. también, sobre los límites del Tribunal Constitucional respecto del papel del legislador, GASCÓN ABELLÁN, “Los límites de la justicia constitucional entre jurisdicción y legislación”, en: Laporta (editor), *Constitución: problemas filosóficos*, 2003, 165 ss.; FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, 1997. Esta última discusión —a la postre más relevante que la anterior— tiene, en todo caso, un entronque directo con cuestiones de filosofía jurídica y política que no pueden ser abordadas aquí y que en la actualidad han reverdecido bajo la fórmula del *neoconstitucionalismo* y la oposición entre un constitucionalismo “fuerte” y uno “débil”. Sobre ello, entre muchos, véase la obra colectiva *Neoconstitucionalismo(s)*, coordinada por Miguel Carbonell, 2003 ss. o la

Exponentes de la incidencia del derecho a la legalidad en dicha “guerra de Cortes” son los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el delito fiscal y las figuras del fraude de ley y del negocio simulado, recogidos, respectivamente, en las Sentencias 120/2005, de 10 de mayo, y 129/2008, de 27 de octubre, que han generado una notable controversia doctrinal acerca de los límites de interpretación de la legalidad ordinaria por parte del Tribunal Constitucional. Ciertamente, la legalidad penal no es el único elemento de discordia; a este respecto, derechos como el de presunción de inocencia —ya desde las primeras decisiones del Tribunal Constitucional sobre la materia⁴— o el de tutela judicial efectiva —entre otras muchas vertientes de ese

ya citada obra colectiva, coordinada por Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*.

⁴ La STC 31/1981, de 28 de julio, declaró vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, anulando la Sentencia de instancia y el Auto de inadmisión del Tribunal Supremo, en un supuesto en que el recurrente fue condenado por delito de robo sobre la exclusiva base probatoria de su confesión prestada en sede policial y sin presencia de abogado, retractándose posteriormente tanto ante el Juez de instrucción como en el acto del juicio oral. Dicha Sentencia fue objeto de una encendida polémica desde instancias judiciales y doctrinales, que consideraban que el TC usurpaba las funciones propias de la jurisdicción ordinaria sobre valoración de la prueba. Expresión de dicha polémica es el voto particular formulado a la misma. Al respecto, son muy atendibles las reflexiones de CAAMAÑO, “Palabras para un presunto culpable: de la duda razonable a la razonabilidad de la duda”, en VVAA, *La democracia constitucional. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, pp. 631 ss., pp. 641 ss., referidas a la circunstancia de que las tensiones institucionales con la jurisdicción ordinaria llevaron al Tribunal Constitucional, ya en la pionera STC 31/1981, a un comedimiento excesivo en sus pronunciamientos, con el afán de deslindar el campo de actuación privativo de los tribunales ordinarios, resultando como consecuencia la fragmentación del derecho fundamental y la exclusión del *in dubio pro reo* —el principio de la duda razonable— de su contenido: “El argumento institucional desplaza el núcleo del derecho con el abandono de su contenido originario (el principio

sobredimensionado derecho⁵, baste mencionar la controversia generada en torno a la prescripción⁶ o la relativa a la jurisdicción universal y la interpretación del art. 23.4 LOPJ⁷ —han generado tanta o más controversia que el que ahora nos ocupa en cuanto al alcance del control de las decisiones judiciales por parte del Tribunal Constitucional⁸. En todo caso, desde la perspectiva jurídico-penal en la que deseo moverme, resulta más interesante, en mi opinión, ceñir el análisis al primero de los derechos fundamentales citados, intentando desgranar, en el breve espacio de este trabajo, no sólo las causas e implicaciones del enfrentamiento entre tribunales, sino asimismo un escueto panorama de algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre los límites de interpretación de los tipos penales.

in dubio pro reo) ... para situarse en la órbita del control constitucional de la prueba que se convierte en el centro principal de discusión”.

⁵ Sobre ello, y sobre las tensiones que tal sobredimensión conlleva para el conflicto institucional citado, es fundamental BORRAJO/DÍEZ-PICAZO/ FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, 1995, pp. 15 ss., p. 21.

⁶ Si bien, como es sabido, no faltan voces que postulan subsumir los aspectos referidos a la prescripción bajo el derecho fundamental de la legalidad penal; cfr. al respecto, GONZÁLEZ CUSSAC, “Prescripción de los delitos y fuerza expansiva de los derechos fundamentales”, RJCv 15 (2005), pp. 18 ss.; HUERTA TOCILDO, “A vueltas con la prescripción penal”, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, tomo II, pp. 513 ss.

⁷ En el llamado caso Guatemala, STC 237/2005, de 26 de septiembre. Sobre ello, me permito remitir a ALCÁCER, “El principio de justicia universal en la jurisprudencia española reciente”, en: *Cuerda /Jiménez (directores), Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, 2009, pp. 465 ss.

⁸ BACIGALUPO, *El conflicto*, cit., menciona y analiza como focos de dicho conflicto la extensión del control del Tribunal Constitucional en la presunción de inocencia, en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (en particular, en el supuesto en que se anula la Sentencia de segunda instancia).

II. EL DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL Y LA VOCACIÓN RESTRICTIVA DEL TRIBUNAL

Si bien el derecho a la legalidad plasmado en el artículo 25.1 CE tiene un contenido más amplio⁹, los ámbitos donde con mayor incidencia pueden surgir tales tensiones institucionales son los relativos a las garantías de *taxatividad* y *tipicidad*.

La garantía de *taxatividad*¹⁰ o de *lex certa* exige que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible; es, por tanto, un mandato dirigido al legislador, cuyo enjuiciamiento se proyecta sobre la ley misma y cuyo cauce natural de revisión constitucional es el del recurso de constitucionalidad o la cuestión de constitucionalidad.

Por su parte, la garantía de *tipicidad* o de *lex stricta* exige que la aplicación de la ley sea previsible para sus destinatarios y no desborde el límite establecido por el tenor legal, siendo por tanto, un mandato dirigido a los Tribunales cuyo su cauce de revisión constitucional es, entonces, el recurso de amparo¹¹.

⁹ Un completo panorama de las diferentes vertientes que el Tribunal Constitucional ha ido desgranando de la parca descripción del derecho plasmada en el artículo 25 CE puede encontrarse en el reciente trabajo de LASCURAÍN, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, 2009, pp. 19 ss.

¹⁰ Adopto tal denominación para distinguirla de la garantía de tipicidad que se expone a continuación, y que es empleada asiduamente por el Tribunal Constitucional (desde la STC 53/1994, FJ 4), si bien lo cierto es que ha venido empleando distintas acepciones para referirse a tales aspectos del derecho fundamental. En igual sentido, adoptando también dicho término, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002, p. 22.

¹¹ La diferenciación entre ambas manifestaciones del derecho a la legalidad penal se plasma, por ejemplo, en la STC 283/2006, que recoge jurisprudencia anterior: el “aspecto material de la legalidad sancionadora contiene, según hemos señalado con anterioridad, un doble mandato. El primo

A pesar de la asiduidad con que suele denunciarse la extralimitación de competencias por parte del Tribunal Constitucional, lo cierto es que, ya desde sus primeros pronunciamientos ha sido muy consciente de tales riesgos, y ha venido manteniendo, por lo general, una tendencia eminentemente autorre restrictiva, tendencia expresada no sólo en las declaraciones programáticas efectuadas al efecto¹², sino también en la delimitación del contenido y alcance del derecho fundamental.

En lo que atañe a la primera vertiente citada, el Tribunal Constitucional ha venido asumiendo expresamente un principio de *deferencia* hacia el legislador democrático¹³ y, con ello, una presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley, emanadas del Parlamento. Así, ha venido reiterando, con carácter general, que “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, para el que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su

ro, dirigido al legislador y a la potestad reglamentaria, es el de taxatividad, “según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el ‘máximo esfuerzo posible’ (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones”. El segundo se dirige a los aplicadores del Derecho, en tanto en cuanto la citada garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene “como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora” (SSTC 218/2005, FJ 3; 297/2005, FJ 8”).

¹² Como pone de relieve BACIGALUPO, *El conflicto*, cit., pp. 259-260, “es posible que ningún otro órgano constitucional haga tantas declaraciones de sus propias limitaciones como el Tribunal Constitucional”.

¹³ Vid. por todos FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, 1997, pp. 38 ss. Después volveremos sobre esta cuestión, de la mano de las llamadas sentencias interpretativas.

específica legitimidad democrática”¹⁴; del mismo modo, apelando al principio de conservación de ley, ha venido reiterando que, a la hora de analizar la posible inconstitucionalidad de un precepto legal, la primera tarea del Tribunal radica en “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución”¹⁵, pues “sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”¹⁶.

Del mismo modo, también ha venido declarando una voluntad de autocontención en la revisión de los pronunciamientos judiciales, afirmando con reiteración que el amparo no constituye una tercera instancia revisora del grado de acierto de las resoluciones judiciales, ni puede indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria¹⁷, y que “la simple discrepancia con la interpretación razonada que de la legalidad ordinaria realizan los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial, no tiene cabida en el marco objetivo del recurso de amparo, por no implicar dicha discrepancia, por si sola, la vulneración de ningún derecho fundamental”¹⁸.

Por lo que respecta al concreto alcance de tales garantías, la doctrina elaborada por el Tribunal al efecto muestra asimismo esa pretensión de autocontención, si bien no cabe desconocer

¹⁴ Entre otras muchas, SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 59/2008, FJ 6.

¹⁵ Así, la reciente STC 59/2008, FJ 4, citando otras muchas.

¹⁶ Así, por ejemplo, la STC 24/2004, FJ 5, citando a su vez las SSTC 93/1984; 115/1987; 105/1988; 119/1992; o 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8.

¹⁷ Entre muchas: SSTC 165/1999, FJ 6; 198/2000, FJ 2; 170/2002, FJ 17; o 15/2008, FJ 6.

¹⁸ Vid. STC 15/2008, FJ 6, y las allí citadas.

que, en ocasiones, la aplicación de los mismos presupuestos doctrinales —del mismo estándar de enjuiciamiento— ha llevado a muy diversas consecuencias en lo que al “activismo” del Tribunal Constitucional, si así quiere llamarse, se refiere. Pero ello no quiere decir que sea el propio criterio de constitucionalidad el que abone la extralimitación, sino que ésta radica en una discutible, por extensiva, aplicación al caso concreto. Veremos después algún ejemplo de ello.

A continuación quisiera exponer brevemente el contenido asignado por el Tribunal a tales garantías, así como mostrar, de la mano de algunos ejemplos, el alcance de tales cánones. Antes de ello, quizá no sobre hacer notar que lo que haya de considerarse una extralimitación dependerá en cierta medida de las pretensiones del observador. Así, no deja de llamar la atención que la doctrina penal se manifieste, por lo general, firme partidaria del “activismo constitucional”, lo que se evidencia no sólo en la ligereza con que en ocasiones se tachan de inconstitucionales preceptos con cuyos presupuestos político-criminales se discrepa, sino también en que, salvo excepciones, las Sentencias más alabadas han sido precisamente aquéllas que más se han adentrado en el coto vedado de la legalidad ordinaria, mostrándose, por el contrario, crítica cuando el Tribunal Constitucional ha hecho gala del obligado comedimiento hacia el legislador o la labor judicial¹⁹.

¹⁹ Como afirma GONZÁLEZ CUSSAC (“Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos”, LH a Ruiz Antón, 2004, p. 488, nota 41) “mas exigentes con el control constitucional vía art. 25.1 CE que el TC debería ejercer sobre la actividad judicial se muestra la doctrina”

III. LA GARANTÍA DE TAXATIVIDAD Y EL CONTROL A LA CREACIÓN DE LA LEY

1. Criterios de inconstitucionalidad

En lo tocante a la garantía de taxatividad, el Tribunal ha afirmado que el legislador “debe hacer el máximo esfuerzo posible en la descripción de los tipos penales, promulgando normas concretas, claras, precisas e inteligibles”, en aras a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones²⁰. El grado de exigencia que establece el Tribunal Constitucional en la concreción de lo prohibido pasa, ante todo, por asumir que la vaguedad y versatilidad semántica del lenguaje hace que “los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas”²¹. Ciertamente, tampoco desconoce que una concreción y rigor excesivo en la formulación de las conductas podría ser contraproducente para las finalidades de protección de bienes jurídicos que guían al legislador en su cometido, al quedar extramuros de la descripción típica supuestos valorativamente iguales que los concreta y rigurosamente descritos; por ello, ha admitido que, dentro de ciertos límites, pueda el legislador “potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad”²².

²⁰ STC 142/1999, FJ 3. en muy similar sentido, ya las SSTC 62/1982, FJ 7; 89/1993; o la 151/1997, FJ 3. Más recientemente, pueden verse, por ejemplo, las SSTC 24/2004, FJ 2; 283/2006, FJ 5.

²¹ STC 69/1989, FJ 1. También la STC 137/1997, FJ 7.

²² STC 137/1997, FJ 7, citando las SSTC 62/1982 y 53/1994. Alguna consideración sobre ello se encuentra en LASCURAÍN, *Sólo penales legales, precisas y previas*, cit., p. 93. Más en general, sobre los riesgos de “infrainclusión”, FERRERES, cit., p. 34 ss.

Dentro de tales parámetros ha intentado el Tribunal establecer cuáles serían los supuestos lesivos del art. 25.1 CE. Éstos serían, así, aquellos que incluyeran “formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete”²³. Resulta indudable que dicha regla presenta la misma amplitud, vaguedad e indefinición que los preceptos que pretende rechazar por inconstitucionales, y que, como tal, resulta por ello difícilmente aplicable. Por ello, el Tribunal se ha servido de otros criterios de enjuiciamiento más específicos. Así, los tres parámetros básicos de enjuiciamiento serían los siguientes: a) determinabilidad; b) necesidad intensificada de tutela penal y, c) ámbito de los destinatarios de la norma. Veámoslos más detenidamente.

a) Según el criterio de la determinabilidad, serán acordes con el derecho a la legalidad los preceptos o términos legales que, aun indeterminados, sean determinables. La STC 69/1989, FJ 1, lo describe en los siguientes términos: “si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, *siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*, pues, como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones (STC 62/1982, de 15 de octubre, ATC 703/1985, de 16 de octubre, entre otras resoluciones), dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen

²³ STC 105/1988, FJ 2;

de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados” (cursivas añadidas). Por su parte, un planteamiento similar hace la STC 89/1993 cuando manifiesta que “esta labor de predeterminación normativa podrá apreciarse también a la vista de lo que en ocasión anterior se ha llamado el contexto legal y jurisprudencial (STC 133/1987, fundamento jurídico 6º) en el que el precepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada dentro de la cual adquieren sentido y significación propia —también en el ámbito penal— cada uno de los preceptos singulares” (FJ 2). Al respecto, es importante lo afirmado por la STC 151/1997 que, considerando dicho criterio como doctrina consolidada del Tribunal, manifiesta expresamente que la misma conlleva que “el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma”, de modo que “el déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el juez lo colma”. De este modo, la garantía constitucional de taxatividad, que es un requisito dirigido al legislador, es puesta en manos del juez, quien será el encargado de suplir por vía interpretativa la indeterminación de la ley. Ello, por de pronto, conlleva atribuir una enorme trascendencia a la motivación judicial —tanto a su existencia como a su “calidad”, que devendrá un requisito constitucional de la citada garantía de previsibilidad normativa. Así lo afirma la citada STC 151/1997, cuando manifiesta que “este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos, ha de hacerse, según hemos dicho, de modo explícito...Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 C.E. es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo. Ello sig-

nifica que, como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales, también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias". Para tal cometido, deberá el juez "indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo, en casos como el presente, a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución" (FJ 7; STC 270/1994, FJ 6).

b) Junto a la anterior, el Tribunal ha establecido la matización de que "admitir la compatibilidad entre el art. 25.1 C.E. y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos" (STC 151/1997, FJ 3). Desde sus primeros pronunciamientos en la materia el Tribunal ha venido modulando la exigencia de taxatividad en función de la relevancia de los intereses a proteger por la norma penal, en el sentido de que a mayor importancia de los mismos —y, consiguientemente, a mayor necesidad de tutela penal— menores exigencias de predeterminación normativa debía imponer al legislador. Así, ya en la STC 62/1982, en la que se analizaba si la aplicación del delito de escándalo público podía resultar lesivo del derecho a la legalidad penal, se desestimó tal alegación bajo la argumentación de que la labor encomendada al legislador de hacer el máximo esfuerzo en el fomento de la seguridad jurídica "no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a

la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su art. 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva" (FJ 7)²⁴. También puede encontrarse la utilización de dicho criterio en la STC 136/1999, en la que venía a avalar la indeterminación semántica del castigo de "cualquier acto de colaboración con banda armada" en virtud de constituir "una pretensión de universalidad en los modos y maneras de apoyo a la actividad terrorista ciertamente legítima, y sin duda exigida por la necesidad de no dejar impune ninguna de sus manifestaciones" (FJ 30)²⁵.

c) Por último, el Tribunal ha modulado el grado de exigencia de taxatividad también en función del círculo de destinatarios de la norma y el ámbito sectorial que regule, de modo que concep-

²⁴ Resulta interesante la mención que a continuación hace el Tribunal de que "la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal", lo que LASCURAÍN, cit., p. 99, considera un "guiño a la posibilidad de un error de prohibición".

²⁵ Como es sabido, en dicha sentencia (*caso mesa de HB*) se efectúa una doble ponderación: primero se relaja el mandato de taxatividad para ampliar el castigo a todo acto de colaboración, legitimando "la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista", pero haciendo depender la validez de tal indeterminación del requisito de que se ampliara el marco de decisión del juez en la imposición de la pena, requisito que la norma objeto de análisis no cumplía y por lo que se declaró lesiva del art. 25.1 *ex principio* de proporcionalidad. Ciertamente, ello conlleva una notable paradoja desde el citado mandato de determinación: en aras a la proporcionalidad concreta de la sanción, la indeterminación en la descripción de la conducta prohibida sólo será constitucional si a su vez se aumenta la indeterminación en la consecuencia jurídica. Sobre ello, FERRERES, cit., p. 89; GARCÍA ALBERO, *JpD* 62 (2008), pp. 81-82.

tos indeterminados podrán ser compatibles con el art. 25.1 CE cuando remitan a pautas de conducta asentadas y conocidas por los miembros de la profesión o especialidad²⁶. Ello es manifestado en la STC 151/1997, cuando afirma que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados “es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción (FJ 3). Un ejemplo gráfico de la aplicación de dicho criterio es la STC 129/2006. El recurrente, parlamentario del Parlamento vasco, había sido condenado a una sanción disciplinaria por haber accionado el botón de presencia de un compañero ausente, y recurrió en amparo alegando, entre otras cuestiones, la indeterminación del precepto aplicado en la descripción de la conducta sancionable²⁷. Si bien reconoce el Tribunal que “el carácter abierto de esta disposición es evidente”, manifiesta no obstante que “no toda indeterminación de la disposición sancionadora conduce de forma inexorable a la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora. A tal efecto, se ha de tener en cuenta que el derecho a la legalidad sancionadora en su faceta de exigencia de predeterminación suficiente de las conductas sancionables está íntimamente relacionado con la seguridad jurídica de modo que su fundamento reside en que el ciudadano no se vea sorprendido con una actuación sancionadora imprevisible”. Y en virtud de lo anterior concluye afirmando que a pesar de la indeterminación normativa, el destinatario de la misma, dada su condición de parlamentario, debe conocer las reglas básicas inherentes a su cargo, entre las que estaría la con-

²⁶ Sobre ello puede verse FERRERES, cit., pp. 113 ss.

²⁷ Art. 11 del RPV, que exige de los parlamentarios el “deber de asistir a las sesiones plenarias del Parlamento y a las de las Comisiones de que formen parte, así como a desempeñar las funciones a que reglamentariamente vengan obligados”.

cretamente infringida: “tanto el art. 79.3 CE, al que se refiere el acuerdo sancionador, como los usos parlamentarios, determinan el carácter personal e indelegable del voto; de manera que, por formar parte del núcleo esencial de las reglas de ordenación de la función parlamentaria, un parlamentario no puede alegar su desconocimiento sin que dicho desconocimiento implique paralelamente la infracción de la *lex artis* parlamentaria, pues el primero de los deberes que configuran la *lex artis* en el ejercicio de cualquier profesión o cargo reside en procurarse el conocimiento de las reglas básicas conforme a las cuales ha de ejercerse la profesión o cargo”. En suma, concluye el Tribunal, “ninguna lesión del derecho a la legalidad sancionadora puede aducirse pues no puede considerarse imprevisible para un parlamentario que la conducta de pulsar el botón de presencia de otro parlamentario es una conducta sancionable por infringir los deberes del recto ejercicio del cargo de parlamentario” (FJ 6)²⁸.

²⁸ En la misma línea, cfr. el voto particular a la STC 283/2006, que rechaza la declarada vulneración del derecho a la legalidad penal del delito de intrusismo en la aplicación efectuada por el órgano judicial a partir de una remisión en cadena a normas extrapenales de complemento. Afirma el magistrado discrepante que “no resulta fácilmente comprensible que en un supuesto en que el recurrente es médico de profesión, propietario de una clínica dedicada específicamente a la cirugía plástica y que se anuncia como especialista en dicha disciplina, se considere que se ha vulnerado su derecho a la legalidad penal, bajo la *ratio decidendi* de que no se le ha posibilitado tener acceso a un conocimiento cierto de qué concretos actos médicos le estaba prohibido desarrollar por carecer de la especialización en cirugía plástica y reparadora, por el hecho de que no estén previstos expresamente en el Real Decreto 127/1984 sino en otras normas administrativas”. No sobra citar, a este respecto, la advertencia que formula Bacigalupo, *Sobre el conflicto*, cit., p. 273, nota 21, cuando se plantea “sic el criterio de la previsibilidad de la aplicación de la ley es lo suficientemente riguroso y adecuado en esta materia. Especialmente si el criterio se subjetiviza de tal forma que la decisión requiera un juicio sobre la previsibilidad del *destinatario* ..., pues, si el criterio se aplica estricta-

A partir de ese conjunto de criterios, el Tribunal Constitucional ha venido avalando el empleo por parte del legislador de cláusulas abiertas o conceptos jurídicos indeterminados tales como “pudor”, “moral”, decencia pública” o buenas costumbres” que definían el delito de escándalo público (STC 82/1982); preceptos que sancionaban a quien “deje de cumplir sus deberes militares” (STC 133/1987), o la “desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades” (STC 69/1989); “elementos u organizaciones terroristas” (STC 89/1993), o preceptos como “observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar” (STC 270/1994)²⁹.

Atendiendo a las consecuencias, acabadas de citar, no puede ciertamente concluirse que la garantía de taxatividad ofrezca un dique muy alto a la labor del legislador; más bien podría afirmarse lo contrario: que el principio de deferencia hacia el legislador ostenta mayor peso en la balanza. Al respecto, uno de los factores que han llevado hacia esa ponderación radica en que, como ya se ha afirmado, la indeterminación del lenguaje ha sido contemplada por el Tribunal no sólo como un *príus* inevitable, sino también como un hecho funcional a la eficacia en la protección de bienes jurídicos, permitiendo con ello al legislador el sacrificio de la exigencia de predeterminación normativa en aras de alcanzar una más amplia defensa de determinados intereses, siendo mayor esa relajación del art. 25.1 CE cuanto más importante fuera el bien jurídico a proteger.

mente, la cuestión se reconducirá a problemas de error del destinatario concreto sobre el alcance de la ley y su justificación o al error de un destinatario ideal. En todo caso no parece convincente reducir los problemas del principio de legalidad a cuestiones de error”.

²⁹ Sobre algunos —escasos— supuestos de estimación de un déficit de taxatividad, puede verse FERRERES, cit., p. 143.

Es indudable que el Tribunal no puede dar la espalda a la evolución de la legislación penal, en la que la creciente incorporación de bienes jurídicos colectivos y “difusos” y la consiguiente técnica de los delitos de peligro abstracto han supuesto, inevitablemente, una relativización de la citada garantía de taxatividad en la descripción de los tipos³⁰. Pero de ello surgen algunas paradojas. La primera y quizá más evidente es que el Tribunal permita una mayor indeterminación legal precisamente en los delitos más graves, que serán, obviamente, aquéllos que persigan la protección de los bienes jurídicos más importantes, mientras una graduación coherente de la garantía constitucional habría de llevar a exigir mayor intensidad cuando más grave fuera la consecuencia jurídica del precepto³¹. La segunda radicaría en que los preceptos potencialmente más indeterminados en la descripción de las conductas típicas serían aquellos que protegen bienes jurídicos colectivos y en general los que intentan hacer frente a las nuevas necesidades de tutela surgidas de la sociedad del riesgo y del desarrollo tecnológico; preceptos que, dada esa novedad, carecerían de parámetros de interpretación asentados en la comunidad jurídica, por lo que no serían “determinables” por vía de exégesis³².

³⁰ Además, son muy atendibles las consideraciones de GARCÍA ALBERO, *JpD* 62 (2008), p. 74, relativas a que la certeza ha dejado de erigirse en un valor absoluto en una sociedad que ya no percibe al Estado como una fuente de riesgos para su libertad, sino antes como el destinatario de las demandas de seguridad.

³¹ A su vez, esto último conllevaría una tensión distinta: cuanto más relevantes sean los bienes jurídicos protegidos por la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, más gravosas serían las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad (y consiguiente despenalización) de tales normas. Vid. FERRERES, cit., p. 177.

³² En esta línea, HUERTA TOCILDO, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 43.

Desde otro plano de análisis, se produce también una cierta tensión en el propio ámbito de control de la constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal: si la exigencia de normas *determinadas* pasa a convertirse en que las normas sean *determinables*, viene a modificarse tanto el objeto de la garantía como el encargado de satisfacerla: ya no estamos, entonces, ante una exigencia que se predica de la ley en abstracto —esto, antes de su aplicación a un caso concreto— y va por tanto dirigida al legislador, sino que, como vimos que afirmaba expresamente el Tribunal Constitucional, “el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma”, por lo que el juicio de constitucionalidad de la norma sólo podrá efectuarse una vez interpretada y aplicada por el juez en el caso concreto. Con ello, desaparece el control abstracto de constitucionalidad de la ley penal propio del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, quedando relegada la garantía de taxatividad al ámbito del recurso de amparo y fusionándose prácticamente con el canon de la previsibilidad de la interpretación de la norma propio de la llamada garantía de tipicidad. Con ello, ciertamente, la exigencia de predeterminación al legislador prácticamente se diluye.

2. Las Sentencias interpretativas. Dos ejemplos de posibles excesos

Independientemente de la escasa potencialidad fiscalizadora asignada por el Tribunal a la garantía constitucional que venimos analizando, llegados a este punto lo que hemos de plantearnos es cómo puede realmente el Tribunal Constitucional, apelando a la exigencia de taxatividad, llegar a suplantar la labor del legislador. En el cometido de “legislador negativo” que le asignara Kelsen, el Tribunal tiene, en principio, dos alternativas en su enjuiciamiento: o bien declara inconstitucional el precepto y lo anula, expulsándolo del ordenamiento, o bien lo estima acorde a la

Constitución; lo que, en principio, no podría hacer sería sustituir el contenido del precepto ni, por tanto, actuar como legislador “positivo”³³. Si ello es así, las tensiones entre la labor del Tribunal con la obra del Legislador serían prácticamente inexistentes, máxime a la luz de la escasa potencialidad revisora asignada a la garantía constitucional expuesta.

No obstante, es sabido que ello no es exactamente así, sino que junto a las sentencias que estiman o rechazan la constitucionalidad, existe una suerte de *tertium genus*, las llamadas *sentencias interpretativas*. Según el mismo Tribunal las define, son aquéllas que declaran “que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera” (SSTC 24/2004, FJ 6; 235/2007, FJ 7), esto es, que afirman la constitucionalidad del precepto impugnado pero únicamente en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución³⁴. Podría decirse, así, que si bien son formalmente desestimatorias, materialmente son estimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, porque declaran la inconstitucionalidad de un determinado ámbito de aplicación del precepto³⁵. Su razón de ser se justifica en el respeto al principio de *conservación de ley*, que ya hemos mencionado en páginas

³³ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, “España”, en E. Aja (coordinador), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador*, cit., p. 189, destacando la certeza jurídica que *prima facie* proporciona un modelo cuya decisión se orienta hacia el nítido dualismo constitucional/inconstitucional.

³⁴ Por su parte, AJA/GONZÁLEZ BEILFUSS las definen como “las sentencias que establecen una interpretación concreta y diferente a la literalidad del precepto legal, y por tanto una nueva norma, más amplia o más restrictiva que la creada por el legislador” (“Conclusiones generales”, en E. Aja (coordinador), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*, 1998, p. 277.

³⁵ Así, GASCÓN ABELLÁN, “Los límites de la justicia constitucional”, en: Laporta (editor), *Constitución, problemas filosóficos*, 2003, p. 175. Cfr. también JIMÉNEZ CAMPO, “Qué hacer con la ley inconstitucional?”.

anteriores, y el presupuesto de que un precepto sólo pueda ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme con la constitución, debiendo conservarse en lo que permita una interpretación conforme.

Con dicha técnica se pretende, así, evitar las gravosas consecuencias que puede tener la nulidad de un precepto —especialmente en el ámbito penal, dado el efecto despenalizador que tendría, incluso con efectos retroactivos (art. 40 LOTC)—, si bien su utilización conlleva también un considerable riesgo de violar los márgenes de intervención constitucional, razón por la que el mismo Tribunal ha afirmado, ya desde sus primeros pronunciamientos, que representan un medio “lícito, aunque muy delicado y de difícil uso” (STC 5/1981, FJ 6). Respecto de la labor del legislador, el riesgo radica en que con el afán de conservación de la ley termine el Constitucional por forzar el sentido del precepto hasta el punto de sustituir tanto el tenor literal del mismo como incluso el programa político-criminal que late tras el mismo³⁶. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha insistido en que no está legitimado para “reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional” (SSTC 11/1981, FJ 4; 24/2004, FJ 6), por cuanto el principio de interpretación conforme “no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador”³⁷.

en *La Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 1997, pp. 47 s.

³⁶ Entre otros, GASCÓN ABELLÁN, *cit.*, p. 176 s.; VIDALES, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, 2001, p. 189.

³⁷ Así, por ejemplo, la STC 24/2004, FJ 5, citando a su vez las SSTC 93/1984; 115/1987; 105/1988; 119/1992; o 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8.

Indudablemente, el recurso a tales sentencias interpretativas no es un fenómeno reciente, si bien en los últimos años ha dejado de ser una medida extraordinaria para convertirse en una actividad más o menos habitual en la jurisdicción constitucional. Son variadas las razones que explican el fenómeno³⁸, que no obstante no pueden ser analizadas aquí. Me interesa únicamente destacar la contradicción existente entre las reiteradas declaraciones programáticas de respeto a la voluntad y a la función encomendada al legislador y la asiduidad con que el Tribunal se sirve de esta modalidad de sentencias interpretativas para, de hecho, sustituir el contenido de la ley³⁹. Quizá el problema radique en la pretensión de seguir manteniendo formalmente un modelo de justicia constitucional y de relaciones del Tribunal Constitucional con los poderes del Estado que materialmente ha quedado obsoleto⁴⁰;

³⁸ Vid. por ejemplo, AJA/GONZÁLEZ BEILFUSS, *cit.*, pp. 260 ss.; WEBER, “Alemania”, en la obra coordinada por Eliseo Aja acabada de citar, p. 83-84.

³⁹ Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por Ezquiaga Ganuzas cuando —en la exposición que de su argumentación hace VIDALES, *cit.*, p. 191, suscribiéndola— afirma que resulta contradictorio que se alegue el respeto a la obra del legislador cuando en realidad lo que se hace no es otra cosa que “manipular el discurso normativo del legislador para mantener sus enunciados en el ordenamiento jurídico, aun a costa de proclamar normas completamente distintas de las queridas por el órgano legislativo”.

⁴⁰ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, “Qué hacer con la ley inconstitucional?”, *cit.*, pp. 37 ss., quien habla de “la ilusión del legislador negativo”; vid. también JIMÉNEZ CAMPO, “España”, *cit.*, p. 189. Como se ha afirmado, “hace tiempo que los Tribunales Constitucionales han abandonado en gran medida la función de legislador negativo, asumiendo tareas, claramente positivas, de creación de normas” (AJA/GONZÁLEZ BEILFUSS, *cit.*, p. 259). Y continúan estos autores: “sin embargo, paradójicamente no se ha revisado la teoría del legislador negativo, considerando que las sentencias positivas responden a problemas concretos de difícil respuesta, son la solución menos mala para el caso en cuestión, o resultan necesarias en

en todo caso, lo que no cabe dudar es que a la hora de atender a lo que dice la ley el operador jurídico no puede desconocer los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la misma, pues éstas inciden directamente sobre el ámbito de aplicación de las leyes cuestionadas y, por tanto, sobre su contenido y alcance.

A continuación quiero mencionar dos ejemplos de sentencias interpretativas en las que se plasman los riesgos y las contradicciones expuestas. Ambas analizan la constitucionalidad de leyes penales⁴¹, y se caracterizan por apelar al criterio material del principio de proporcionalidad (entendido, como suele hacer el Tribunal Constitucional, como parte del derecho a la legalidad penal⁴²) para llegar a una interpretación muy restrictiva de los

los supuestos en que se producen. Nuestra idea es bien distinta; creemos que los Tribunales Constitucionales vienen asumiendo de forma significativa funciones de legislador positivo por razones estructurales, por los cambios que se han producido tanto en el conjunto de las instituciones —que podemos resumir en la calificación como Estado democrático y social— como específicamente en la justicia constitucional” (p. 259). Y al respecto concluyen que “seguramente, la razón principal para sostener una teoría que ya no responde a la realidad estriba en la dificultad para sustituirla”, no sin poner de manifiesto las disfunciones tanto pragmáticas como de legitimidad de las instituciones, que conlleva la continuidad en la aplicación de un “falso modelo”.

⁴¹ No es baladí la advertencia de JIMÉNEZ CAMPO, “España”, *cit.*, p. 192, de que “los fallos interpretativos deben evitarse si lo enjuiciado son normas penales o, en general, sancionatorias, ya sean sustantivas o procesales. No se trata sólo, aunque esta razón baste, de que en tales ámbitos opere un estricto principio de legalidad, incompatible, creo, con el mantenimiento de un enunciado legal que deja márgenes de aplicación a su aplicación *contra Constitutionem*... Se trata también, junto a ello, de que un fallo interpretativo en tales ámbitos puede frustrar, o poner en entredicho, el principio de retroacción *in bonus* que establece el art. 40.1 LOTO y, en definitiva, el mismo art. 25.1 CE”.

⁴² Sobre ello, vid. HUERTA TOCILDO, “El derecho a la legalidad penal. Comentario al artículo 25.1 CE”, en Casas/Rodríguez Piñeiro (directo-

preceptos en liza, declarando inconstitucional toda otra opción exegética.

El *primer ejemplo* es el de la STC 24/2004, de 24 de febrero, en la que se resuelve una cuestión de constitucionalidad planteada sobre el delito de tenencia ilícita de armas regulado en el art. 563 CP —en concreto sobre el primer inciso del mismo, que castiga “la tenencia de armas prohibidas”—, por vulneración del derecho a la legalidad penal. Partiendo de que en su literalidad el tipo penal resulta ser desproporcionado, al contemplar una pena privativa de libertad de hasta tres años de prisión para conductas muy dispares en cuanto a su gravedad, al no ser posible apreciar elemento diferencial alguno entre el ilícito penal y el administrativo y no incorporar ninguna referencia a la afectación al bien jurídico protegido, el de la seguridad, afirma el Tribunal que tal interpretación literal del precepto no excluye otras posibilidades exegéticas “que tengan en cuenta criterios sistemáticos, valorativos y teleológicos, atendiendo especialmente a cuál es el bien jurídico a cuya protección se orienta la norma, y a cuáles son los instrumentos de protección de dicho bien jurídico en el conjunto del Ordenamiento jurídico”, y que, en aras del citado principio de conservación de ley, es preciso agotar antes de afirmar la eventual constitucionalidad de la ley (FJ 5). A partir de lo afirmado, y de otra serie de consideraciones que no procede reiterar aquí, concluye el Tribunal que “la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana” (FJ 7).

res), *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, p. 741. Contrario a la inserción de tal principio bajo el haz de garantías reconocidas en el art. 25.1 CE, LASCURAÍN, *Solo penales legales*. *cit.*. n. 24-25.

Puede ser discutible si con dicha interpretación se trasciende el sentido literal posible, dada la amplitud con que aparece regulada la conducta prohibida; lo que creo indudable es que en dicha decisión, con la inclusión de un elemento típico de “peligro concreto” a lo que estructuralmente se configura como un delito de mera posesión o tenencia⁴³, los márgenes entre la actividad creadora del legislador y la fiscalizadora o revisora del Tribunal Constitucional prácticamente se diluyen. Tal impresión es la que, de hecho, motivó los dos votos particulares que acompañaron la citada sentencia —firmados por cuatro magistrados—, en los que se consideró que la interpretación *secundum constitutionem* de la STC 24/2004 “excede claramente de las funciones propias del Tribunal Constitucional” y que esa “complementación del contenido de la norma, que evidentemente no supone optar por una entre las diversas posibles interpretaciones de los términos literales en que la ha formulado el legislador, sino la adición al precepto de contenidos extraños al mandato legislativo, implica la asunción por el intérprete de la Constitución, no ya de la misión de imponer el respeto a los mandatos del constituyente por el legislador ordinario, sino la subrogación en la función propia de éste, arrogándose el Tribunal Constitucional tareas propias de un legislador positivo que sin duda resultan ajenas a su específica esfera de competencias”. (primer VP); así como que dicha reconstrucción del tipo penal “excede claramente el tenor literal

⁴³ Cfr. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, 2005, p. 50. Resulta ilustrativo del forzamiento del tipo penal que ejerce la sentencia comentada el hecho de que mientras Pastor configure el art. 563 CP bajo la estructura de “posesión per se no peligrosa de objetos peligrosos que pueden ser empleados de manera peligrosa” (p. 48, cursiva parcialmente añadida), el TC exija el requisito de que la posesión “se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa”.

del precepto y, con ello, la jurisdicción de este Tribunal, que así se convierte en legislador penal con la consiguiente quiebra del principio de reserva de ley que rige en este ámbito y del que, naturalmente, la Sentencia parte”.

El *segundo ejemplo* lo constituye la STC 111/1993, de 25 de marzo, dictada por el Pleno, y, si bien presenta algunas particularidades en relación al tema que nos ocupa, al tratarse de un recurso de amparo y no de una cuestión o recurso de constitucionalidad, lo cierto es que el núcleo de la decisión del Tribunal, en lo que nos interesa, es muy similar⁴⁴. Consiste éste en la interpretación restrictiva que el Tribunal Constitucional hace del delito de intrusismo en un supuesto en que fue condenado un agente de la propiedad inmobiliaria. El Tribunal considera que la aplicación

⁴⁴ También en sus efectos, pues, si bien siendo una sentencia de amparo y no conteniendo su fallo una declaración de inconstitucionalidad de la interpretación considerada contraria a la Constitución, el propio Tribunal se encarga de aclarar, en la STC 150/1997, que “aunque el fallo de dicha resolución ciña sus efectos —como no podía ser de otro modo— al caso objeto de enjuiciamiento, nuestra Sentencia no se limita, por utilizar las palabras del art. 164.1 C.E., a “la estimación subjetiva (del) derecho” del allí recurrente, sino que contiene una declaración, dotada de plenos efectos frente a todos —según el citado precepto constitucional—, a tenor de la cual una determinada interpretación del art. 321.1 C.P. resulta contraria a la Constitución y su aplicación produce una vulneración del derecho a la legalidad penal”. En la STC 111/1993 hay “no sólo el reconocimiento de un derecho y la consiguiente declaración de nulidad del acto lesivo (aunque únicamente estos extremos son llevados al fallo), sino también un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la concreta aplicación que del art. 321.1 C.P. venía haciendo el Tribunal Supremo en estos supuestos, aunque el Tribunal Constitucional, al haber declarado que se trataba de una interpretación in malam partem estimó que no era necesario recurrir a la vía prevista en el art. 55.2 LOTC para expulsar del ordenamiento el precepto en cuestión o la norma deducida de su tenor literal, a pesar de ser un precepto penal y de operar aquí con mayor rigor el principio de seguridad iurídica” (FI 4).

del precepto a ese caso concreto conlleva una extensión *in malam partem* del alcance del tipo penal y es, por ello, lesiva del derecho a la legalidad, pues el término típico “título oficial” debe interpretarse exclusivamente como “título *académico* oficial”, fundando tal restricción del ámbito típico en la génesis histórica del precepto, y en que la aplicación del precepto a los títulos no académicos supone una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena, pues, en relación con el caso concreto, “ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada” (FJ 9). No obstante, el reproche constitucional no es dirigido al legislador “por haber redactado el art. 321.1 del Código Penal en unos términos tan abiertos que favorecían una interpretación como la realizada en las Sentencias recurridas”, sino a los órganos judiciales, tanto por haber desconocido el origen legislativo del precepto como por no haber atendido al “fin de protección” de la norma.

Los argumentos empleados por la STC 111/1993 resultan convincentes como crítica al legislador, si bien por motivos distintos al de la exigencia de taxatividad, pues en absoluto peca de indeterminación el término “título oficial”. De igual modo, resultan plenamente convincentes los criterios de interpretación histórico y teleológico empleados por el Tribunal Constitucional para sacar los colores a la exégesis efectuada por los órganos judiciales; ahora bien, ninguna relación guardan tales argumentos con el criterio estrictamente gramatical que preside el análisis de los límites de la analogía *contra reo*. Si bien algunas voces han aplaudido dicha Sentencia⁴⁵, considero más atinadas las voces críticas que

⁴⁵ FERRERES COMELLA/MIERES MIERES, “Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal”, REDC 55(1999), p. 302, mani-

han entendido que tales argumentos —por muy válidos que en sí mismos pudieran resultar— eran antes propios de un tribunal de casación que de un tribunal constitucional⁴⁶.

Las citadas Sentencias y otras de similar índole —que, echando mano de las diversas taxonomías elaboradas al efecto, podrían ser englobadas bajo las llamadas “sentencias manipulativas”⁴⁷— plantean al menos dos ámbitos de cuestiones relevantes para el tema que nos ocupa. En primer lugar, suscitan la duda acerca de si la garantía de la taxatividad proscribiera únicamente la analogía *contra reo*, o si también tacha de inconstitucional la interpretación extensiva, exigiendo, en otras palabras, la obligación de que “los supuestos dudosos no sean resueltos mediante la interpretación más expansiva de las posibles”⁴⁸. En todo caso, tal cuestión —que por lo demás remite al núcleo mismo de los límites de actuación entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria— nos adentra de lleno en el ámbito de la garantía de

festando que “seguramente la interpretación del juez penal podía calificarse como una interpretación que estaba fuera de lo ‘posible’”.

⁴⁶ Así, JORGE BARREIRO, Alberto, “El recurso de amparo: ¿una supercasación penal?”, LL 1994, p. 1123 ss., *passim*; LASCURAÍN, LH a González Cuellar, p. 278, quien afirma que los argumentos utilizados “prueban que la decisión judicial era incorrecta desde el punto de vista de la legalidad penal, pero no que fuera intolerable desde la perspectiva constitucional, que es la de la seguridad jurídica”; GARCÍA ALBERO, JpD, pp. 64 ss.: “discutible es, por ejemplo, que pueda calificarse de criterio interpretativo extravagante o contrario al tenor literal del precepto interpretar que un título oficial no académico no es un título oficial”.

⁴⁷ Vid. GASCÓN ABELLÁN, *cit.*, pp. 176-177; VIDALES, *cit.*, p. 189.

⁴⁸ Esa conclusión extrae DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ de la STC 111/1993 (en “El principio de legalidad en la Constitución Española”, RATC 3/2001, p. 6 de la versión electrónica), en la cual, de hecho, lo que se reprocha a la resolución impugnada en amparo es haber realizado una “interpretación extensiva”, y no una aplicación analógica de la ley (lo pone atinadamente de relieve LASCURAÍN, LH a González Cuellar, p. 279).

tipicidad, por lo que es preferible dejar ese interrogante para un momento posterior.

En segundo lugar, plantean también el alcance que deben recibir criterios materiales y, en particular, el principio de proporcionalidad, en la garantía de taxatividad. A este respecto, la garantía de *lex certa*, a pesar de ser un mandato directamente dirigido al legislador penal, apenas ha tenido, por sí misma, potencialidad crítica alguna; por el contrario, el ámbito del derecho a la legalidad penal que ha permitido al Tribunal mostrarse más incisivo sobre la labor legiferante —hasta el punto de incurrir en el riesgo de suplantarla— ha sido el principio de proporcionalidad, principio que, definido como el “derecho a no sufrir condenas desproporcionadas”, el Tribunal considera inscrito, con mayor o menor acierto, en el derecho a la legalidad penal, especialmente a partir de la Sentencia que resolvió el caso de la mesa de HB, STC 163/1999⁴⁹.

Ello no puede extrañar: si se piensa, la garantía de taxatividad es, en el fondo, una garantía de carácter formal, en el sentido de que dice *cómo* ha de elaborarse la ley, pero no qué contenido debe incluir ésta. Por ello, ante una ley imprecisa, al Tribunal Constitucional sólo le cabe la opción de anularla y emplazar al

⁴⁹ Sobre dicha sentencia se han escrito infinidad de comentarios. Además de los ya mencionado *supra* en la nota 23 y entre otros, pueden mencionarse los de CUERDA RIEZU, “Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Batasuna”, en LH a Cerezo Mir, 2002, pp. 237 ss.; OLIVEIRA ROCHA, “El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la Mesa de Herri Batasuna”, *Cuadernos de Política Criminal* 70 (2000), pp. 219 ss. Desde una perspectiva más amplia, BILBAO UBILLOS, “La excarcelación tenía un precio: el tribunal enmienda la plana al legislador (Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB)”, *REDC* 58 (2000), pp. 277 ss.

legislador a que se esfuerce en hacerlo mejor. La cuestión acerca de la relevancia constitucional de lo que la ley dice se planteará sólo cuando estemos ante una ley que, *al ser imprecisa*, incluya bajo el ámbito de lo punible conductas que, *a la luz de otros derechos o principios constitucionales*, no debieran ser castigadas. Es en tales casos en los que entra en acción el principio de proporcionalidad, cuando la censura constitucional se proyecta sobre el contenido y cuando, para salvarla en lo posible sin anular la ley o el precepto en cuestión, haya de imponer el Tribunal una interpretación constitucional del mismo, con el consiguiente riesgo de erigirse en legislador positivo. Pero no debe perderse de vista que en tales casos el parámetro de constitucionalidad no es, en rigor, la garantía de taxatividad, sino el respectivo derecho fundamental —en materia penal, eminentemente la libertad—, que se restringe en exceso. Considero que ello se aprecia con claridad en las dos Sentencias mencionadas; en efecto, ni la descripción típica de la tenencia de armas ni el término normativo “título oficial” pecan de indeterminación, ni es esa tampoco la razón por la que tales elementos son declarados contrarios a la Constitución: por el contrario, la razón radica en que su ámbito posible de aplicación abarca supuestos cuya sanción penal no estaría justificada por resultar desproporcionada, desde los criterios materiales que informan los límites del *ius puniendi*; esto es, a partir de una ponderación entre el derecho a la libertad del ciudadano y las necesidades preventivas de protección de determinados bienes sociales. La pregunta que inmediatamente surge es la referida a la corrección del engarce del principio de proporcionalidad bajo el derecho a la legalidad, pero esa cuestión desborda el marco asignado a estas páginas⁵⁰.

⁵⁰ Creo que no le falta razón a LASCURAÍN cuando manifiesta que “poco tiene que ver el principio de proporcionalidad, y el tratamiento razonable de la libertad que se encuentra tras él, con la garantía de seguridad jurídica

IV. LA GARANTÍA DE TIPICIDAD Y EL CONTROL A LA APLICACIÓN DE LA LEY

1. Introducción. Tres criterios de enjuiciamiento

Si la garantía de taxatividad apela a la correcta labor del legislador, exigiendo normas precisas, la vertiente del derecho a la legalidad penal que conforma la garantía de tipicidad conlleva la revisión sobre la aplicación de la norma penal a un supuesto concreto, exigiendo de los jueces el sometimiento a las palabras de la ley. Entre ambas garantías existe una evidente correlación: la mayor determinación de la norma conllevará un menor margen de interpretación al juez y, con ello, un mayor grado de previsibilidad de la respuesta judicial⁵¹. Pero, siendo inherente al lenguaje un cierto grado de indeterminación⁵², y siendo por lo demás considerablemente débil —como acabamos de ver— el mandato de determinación que la jurisprudencia constitucional ha establecido, la consecución de dicha previsibilidad es un esfuerzo que en

y de monopolio legislativo de las sanciones que están tras el art. 25.1 CE” (LASCURAÍN, *Sólo penas legales*, cit., pp. 24-25), mostrándose por tanto crítico con la tesis asumida por el TC (vid. también, del mismo autor, “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, 5 1998, pp. 159 ss.). Una tesis decididamente favorable a la inserción de la proporcionalidad dentro del art. 25.1 CE mantiene HUERTA TOCILDO, “Comentario al art. 25.1 CE”, cit., p. 741. Ya antes, en “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, cit., pp. 58 ss. Vid., además, DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007.

⁵¹ Algo similar afirma la STC 137/1997, FJ 6: “la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con normas “concretas, precisas, claras e inteligibles”.

⁵² Enfatiza ese hecho archiconocido, GARCÍA ALBERO, *JpD* 2008, pp. 68 ss.

gran medida quedará en manos del juez, a quien el art. 25.1 CE permitirá exigirle, en aras de esa seguridad jurídica, un cierto grado de *razonabilidad* y de *estabilidad* en sus decisiones, puesto que más previsible será una lectura razonable de la ley que, además, se ha consolidado en el tiempo.

Desde la perspectiva con que iniciaba estas líneas —la referida a las relaciones del Tribunal Constitucional con otras instancias jurídicas—, es indudable que el control del Tribunal sobre la interpretación de la ley adoptada por los jueces va a suponer una constante fuente de tensiones, singularmente entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Ello porque el enjuiciamiento acerca de cómo ha sido interpretada una determinada ley presupone una determinada concepción, siquiera implícita, acerca del alcance y sentido de dicha ley; expresado en otros términos: para revisar la interpretación de la ley acogida el órgano judicial, el Constitucional debe, *en cierta medida*, interpretar la ley⁵³, pues —simplificando mucho— sólo cabe reprochar una aplicación analógica cuando previamente se han fijado los límites del sentido literal posible⁵⁴.

⁵³ Como afirma ARAGÓN, *REDC* 76 (2006), p. 177, “no cabe negar que aunque el Tribunal Supremo sea el Tribunal superior de la interpretación ‘legal’ de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación ‘constitucional’ de la ley

⁵⁴ Cfr. LASCURAÍN, *LH a González Cuellar*, pp. 252-253, aportando relevantes síntomas al debate: “Si los tribunales penales sin los que interpretan las normas, pero si en cierto sentido el Tribunal Constitucional también lo hace y tiene potestad para anular las interpretaciones que no reúnan una calidad constitucional mínima, puede pensarse que estamos ante un posible foco de conflictividad jurisdiccional. Este foco quedará además avivado por dos factores. Es el primero el de que el canon de interpretación mínimamente válida, la delimitación del derecho a la legalidad sancionadora, no viene precisado en la Constitución, sino que es el propio Tribunal Constitucional el que tiene que fijarlo, entresacándolo del texto constitucional. La presumible abundancia de la tipicidad...”

Tal como anticipábamos, el Tribunal Constitucional ha venido mostrando una tendencia autorrestrictiva a la hora de establecer los límites de su control en la revisión de la aplicación de la ley penal. En todo caso, no puede perderse de vista que la concreción de los criterios de la garantía de tipicidad ha sido relativamente tardía, pues no es hasta 1997, en las SSTC 137 y 151 de dicho año cuando por primera vez se perfila un test de enjuiciamiento definido. En la evolución de la implantación de la garantía de tipicidad en la jurisprudencia constitucional, podemos distinguir tres etapas⁵⁵. La primera etapa vendría caracterizada por una excesiva cautela en el control a la labor de los jueces, en la que prácticamente se rechazaba la posibilidad de control constitucional sobre los jueces en este ámbito⁵⁶; exponente de la misma es por ejemplo la STC 89/1983, que avaló la construcción jurisprudencial del delito continuado, al rechazar que su aplicación, a pesar de carecer de soporte legal, conllevara la lesión del art. 25.1 CE⁵⁷. La segunda etapa tiene lugar con la irrupción explosiva de la ya mencionada STC 111/1993, que “tuvo la virtud de rescatar de su limbo el derecho a la tipicidad”, si bien cabe atribuirle “el defecto de hacerlo con excesivo ímpetu”⁵⁸: como ya se ha afirmado en páginas anteriores, dicha Sentencia se muestra

este punto es el segundo factor de aumento de la conflictividad jurisdiccional, abundancia que vendrá de la mano del hecho de que la invocación del derecho a la legalidad penal en sede de amparo constitucional, junto con la del derecho a la presunción de inocencia, terminará siendo la última agarradera jurídica de la que dispondrá un ciudadano para evitar su ingreso en la cárcel”.

⁵⁵ Sigo en este punto la lúcida descripción de dicha evolución realizada por LASCURAÍN, *Solo penal legales, precisas y previas*, cit., pp. 113 ss.

⁵⁶ LASCURAÍN, en la obra acabada de citar, se refiere a esa etapa como la de la “negación del derecho”.

⁵⁷ Sobre ello, en sentido crítico, puede verse HUERTA, “El derecho a la legalidad penal. Comentario al artículo 25.1 CE”, cit., p. 736

⁵⁸ LASCURAÍN, cit., p. 118.

excesivamente incisiva en la revisión de la exégesis legal efectuada por el órgano judicial, hasta el punto de diluir la separación de planos entre la legalidad y la constitucionalidad. Y es en la tercera etapa, que arranca con las citadas 137 y 151/1997 y cuya vigencia permanece hasta la actualidad, cuando se asienta el canon de la garantía de tipicidad, vertiente del derecho a la legalidad que había irrumpido en la anterior “sentencia de los APIs” si bien huérfana de criterios de aplicación.

El punto de partida de dichas resoluciones es la demarcación de los límites de control constitucional: “es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados. Es más, aunque en alguna medida pudiera considerarse que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, dicha consideración es, en rigor, ajena a la perspectiva constitucional: no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que ex art. 25.1 C.E. lo tiene por contenido” (SSTC 137/1997, FJ 7; 151/1997, FJ 4).

Así, la diferencia de planos se establece, al menos sobre el papel, de modo nítido: una aplicación incorrecta o discutible del tipo penal podrá ser objeto de revisión por los tribunales ordinarios, pero no es materia constitucional; por el contrario, sólo estaremos ante una lesión del derecho a la legalidad penal “cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente”. Así, el criterio de enjuiciamiento, en

palabras del Tribunal, consiste en “la verificación del respeto del tenor de los preceptos sancionadores aplicados así como de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos”. En suma, el núcleo de la garantía de tipicidad diseñada por esta Sentencia se resume en la siguiente conclusión: “Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (SSTC 137/1997, FJ 7; 151/1997, FJ 4)⁵⁹.”

De este modo, el Tribunal sienta un criterio de enjuiciamiento conformado en torno a tres niveles que podemos denominar con los siguientes términos⁶⁰:

- En primer lugar, lo que podemos llamar *previsibilidad semántica*, desde el que queda proscrita la analogía e interpretación extensiva *in malam partem*.

⁵⁹ Criterio éste, el de la previsibilidad, que halla su fundamento en el principio de seguridad jurídica de los ciudadanos, y que nada tiene que ver con el principio de culpabilidad, frente a lo que afirma CHOCLÁN MONTALVO, “Fraude de ley tributaria y delito fiscal. Una reflexión desde los principios constitucionales del Derecho penal”, LL n.º 6296, 2005, p. 6 de la versión *on line*.

⁶⁰ Sigo parcialmente la propuesta terminológica de LASCURAÍN, *cit.*, p. 107. La STC 129/2008 habla de “la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma”.

- En segundo lugar, una *previsibilidad metodológica*, considerando irrazonable en estos términos una aplicación del precepto que incurra en quebras lógicas o aplique criterios exegéticos “extravagantes”.
- Y en tercer lugar, una *previsibilidad axiológica*, que resultará defraudada cuando la interpretación de la norma sea contraria a los valores constitucionales.

2. Previsibilidad semántica. El límite de las palabras de la ley

Comenzando por la previsibilidad semántica, el respeto al tenor literal ha de ser sin duda el punto de partida del análisis de la garantía de tipicidad, “pues el legislador emplea expresa el mensaje normativo con palabras, y con palabras es conocido por sus destinatarios” (FJ 7); si bien lo cierto es que a la hora de su aplicación práctica tal primer criterio poseerá escasa virtualidad revisora, dada la ya tantas veces citada indeterminación inherente al lenguaje común y a las dificultades propias de la distinción entre interpretación y analogía⁶¹. Ello es asumido por el Tribunal en la STC 137/1997: “este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de la seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente” (FJ 7).

Por otra parte, si el Tribunal quisiera extraer todo su potencial limitador, terminaría por ser él quien concretara el sentido posible de interpretación de un precepto, con el consiguiente riesgo de adentrarse en el cometido de los órganos judiciales; piénsese

⁶¹ Cfr. GARCÍA ALBERO, *JbD*, pp. 64 ss.

que el propio proceso de fijación del sentido literal posible es, en sí, una labor de interpretación⁶², proceso para el que el Tribunal se declara incompetente. En este sentido, no debe perderse de vista que el objeto de enjuiciamiento del Tribunal en el amparo no es el precepto y sus posibilidades exegéticas, sino la resolución judicial y la motivación con que juez ha fundamentado una concreta interpretación del precepto aplicado, por lo que realmente los parámetros de evaluación habrán de ser los de la razonabilidad metodológica y axiológica, que directamente se proyectan sobre el iter argumental de las resoluciones.

En relación con la dificultad inherente al límite gramatical para ejercer como tal límite, una cuestión que el Tribunal no ha terminado de perfilar es el de la relevancia constitucional de la *interpretación extensiva*; es decir, si, como suele asumirse formalmente, también es constitutiva de la lesión del derecho⁶³. Es cierto que en la práctica dicha cuestión apenas habría de tener relevancia, pues si difícil es distinguir analogía de interpretación, trazar una delimitación entre interpretación extensiva y analogía es prácti-

⁶² Como afirma GARCÍA ALBERO, *JpD*, p. 65, “el tenor de la ley ya no resulta un límite seguro y practicable entre la interpretación permitida y la integración prohibida, puesto que él mismo es el resultado de la interpretación”.

⁶³ En la descripción del canon de enjuiciamiento, es habitual encontrar la inclusión de la interpretación extensiva, junto a la analogía, dentro de lo proscrito por el derecho a la legalidad penal. Cfr., por ejemplo, las SSTC 111/1993; FJ 5; 127/2001, FJ 4; 170/2002, FJ 12; 13/2003, FJ 2; 38/2003, FJ 8; 52/2003, FJ 5; 229/2003, FJ 16; 229/2007, FJ 4. Si bien más allá de esa enunciación formal, son muy escasas las ocasiones en las que la *ratio decidendi* se ha basado en el reconocimiento de una interpretación extensiva —en lo que alcanzo, y sintomáticamente, tan solo la STC 111/1993—, y más escasas aún las ocasiones en las que el Tribunal ha entrado a desarrollar una delimitación con la analogía —en lo que alcanzo, ninguna—.

camente imposible⁶⁴. No obstante, su planteamiento tiene, creo, cierta importancia teórica, porque una u otra opción presupone un entendimiento restrictivo o expansivo de la labor revisora del Tribunal Constitucional⁶⁵. Así, una comprensión expansiva del derecho fundamental y de la labor del Tribunal Constitucional, que pretenda reforzar el ámbito de la garantía de tipicidad, habría de optar por la inconstitucionalidad de la interpretación extensiva, configurando *a sensu contrario* un deber constitucional de *interpretación estricta*⁶⁶; en cambio, si se asume que el Tribunal tiene que partir del citado principio de deferencia hacia las decisiones judiciales, debe despojarse a la interpretación extensiva de toda relevancia constitucional.

A mi modo de ver, la interpretación extensiva no puede formar parte del canon constitucional de control de la legalidad penal, y ello afirmado a partir de los mismos parámetros de control que el Tribunal ha establecido en las citadas SSTC 137 y 151 de 1997. La garantía constitucional de tipicidad únicamente excluye las *interpretaciones imposibles*, pero no está legitimado para determinar

⁶⁴ Cfr. ATIENZA, *Sobre la analogía en Derecho*, 1986, p. 183. También LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1994, p. 360-351: la interpretación extensiva, o “amplia”, se sitúa dentro del sentido literal, si bien va más allá del ámbito semántico de la “esfera nuclear” y “comprende también fenómenos de la esfera marginal, que en el uso general del lenguaje sólo algunas veces se tienen también en cuenta”. A su vez, “sobrepasar la esfera marginal, concebida tan amplia como fuese posible, ya no sería interpretación”, sino analogía.

⁶⁵ Como afirma DÍEZ PICAZO, *cit.*, p. 5, “a efectos de la exigencia de taxatividad, esta distinción teórica es importante, porque en la interpretación extensiva el caso está previsto por la ley penal, y en la analogía no lo está. En la práctica, sin embargo, puede resultar a menudo difícil deslindar dónde acaba la interpretación extensiva y comienza la analogía, porque ambas tienen un sentido expansivo en la aplicación de la ley”.

⁶⁶ Vid. sobre ello FERRERES COMELLAS, *El principio de taxatividad*, pp. 127 ss.

la *mejor interpretación*, eligiendo de entre las *posibles* que permite el tenor literal. Como se ha afirmado, “si el TC tuviera que rechazar toda interpretación extensiva (y no sólo aquella que, además de extensiva, esté fuera del ámbito de “lo posible”) entonces necesariamente tendría que determinar cuál es la interpretación correcta de la ley penal. Ello es así porque para determinar si el juez ha realizado o no una interpretación extensiva, es necesario que previamente se haya fijado cuál es la interpretación correcta”⁶⁷.

La prohibición de interpretación extensiva *in malam partem*, asumida rigurosamente, supondría elevar a rango constitucional un principio de “aplicación de la ley penal en su significado más favorable al reo”, lo que no se colige bien con el canon de la previsibilidad ni con los fundamentos de la seguridad jurídica⁶⁸. Piénsese además que la elección que efectúa el órgano judicial de entre el abanico de interpretaciones posibles vendrá fundada en argumentaciones de índole político-criminal, basadas en el merecimiento o necesidad de pena de una determinada conducta⁶⁹; por lo que si el Tribunal Constitucional tuviera que entrar a decidir cuál de las interpretaciones posibles es la mejor o más correcta, estaría introduciendo criterios político-criminales y no constitucionales para fundar tal decisión, lo que es radicalmente

⁶⁷ FERRERES/MIERES, *cit.*, p. 302. Cursivas en el original.

⁶⁸ En similar sentido, DÍEZ PICAZO, *cit.*, p. 6. El entrecomillado le pertenece a él.

⁶⁹ La STC 189/1998, FJ 7, formula una idea parecida cuando afirma que “la decisión, en abstracto o ante un conflicto concreto, acerca de cuál sea la interpretación más adecuada de la norma como paso previo a su aplicación corresponde a los órganos judiciales en cada caso competentes, y la unificación de la misma, a los órganos judiciales superiores en cada vía judicial. Esta selección dependerá, a su vez, entre otros criterios legítimos, de cómo se definan los efectos de la misma en la esfera individual o social, de cómo se entienda la voluntad del legislador o de cómo se evalúen dichos efectos” (cursivas añadidas).

contrario a su finalidad. Al respecto, el mismo Tribunal ha afirmado que no le corresponde “determinar cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, oportuna o adecuada, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección” (STC 189/1998, FJ 7).

3. Previsibilidad axiológica. ¿La proporcionalidad como expectativa?

No obstante, el Tribunal sí podría declarar, en principio, contrario al derecho a la legalidad interpretaciones *semánticamente posibles*, que, no obstante, presentaran déficits axiológicos por ser valorativamente contrarias a otros principios constitucionales. Tal es el segundo criterio citado, el de la *previsibilidad axiológica*. Por esta vía, el Tribunal Constitucional incorpora otros valores constitucionales bajo la esfera de protección del derecho a la legalidad, a través de un razonamiento basado en el principio de proporcionalidad. Éste es quizá el criterio menos perfilado de los tres citados, por cuanto ha tenido menos aplicación práctica. Y, como ya se ha afirmado, surgen no pocas dudas acerca de su compatibilidad con el propio fundamento del derecho a la legalidad: ciertamente, la noción de previsibilidad inherente a la seguridad jurídica no se adecua a la ratio de este planteamiento, por cuanto una decisión judicial sobre el alcance de un tipo penal puede ser desproporcionada en sus consecuencias punitivas o en sus efectos para el ejercicio de otros derechos fundamentales sin que por ello resulte imprevisible al no rebasar el sentido literal posible de su aplicación⁷⁰. Lascuráin manifiesta, al respecto, que “en la medida

⁷⁰ Así lo entiende, por ejemplo, BACIGALUPO, *Sobre el conflicto*, *cit.*, p. 273, en el análisis que realiza sobre la STC 136/1999, caso mesa de HB: “la desproporción de la pena no torna imprevisible ni sorpresiva la aplicación de la ley. La certeza respecto de la conducta punible no depende

en que el criterio de proporcionalidad es un criterio forzoso de interpretación, su falta de utilización convierte el resultado en imprevisible⁷¹, pero resulta, a mi juicio, algo artificioso incorporar al ámbito de lo previsible por el ciudadano una expectativa de respuesta proporcionada por parte de los órganos judiciales (estaríamos nuevamente ante ese deber de evitar la peor interpretación para el reo)⁷².

En este sentido, y por lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto; esto es, la que se exige respecto de la gravedad de la sanción impuesta, siendo el derecho a ponderar directamente el de la libertad, considero que sólo atribuyendo mayor peso específico al fundamento del principio de legalidad basado en la libertad del ciudadano, podría justificarse la introducción de argumentos de proporcionalidad en el derecho a la legalidad, tanto en lo tocante a la garantía de tipicidad, como, más en general, a otras vertientes del derecho a la legalidad en los que el Tribunal ha introducido elementos de proporcionalidad —como la misma garantía de taxatividad o la proscripción del *bis in idem*⁷³.

de la proporcionalidad de la pena amenazada; depende de si la descripción legal del objeto de la prohibición es clara y precisa". En similares términos, MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad*, cit., p. 81.

⁷¹ LASCURAÍN, *Solo penas legales*, cit., p. 110, nota 108.

⁷² Ello, como ya hemos visto, es afirmado por el mismo autor: "poco tiene que ver el principio de proporcionalidad, y el tratamiento razonable de la libertad que se encuentra tras él, con la garantía de seguridad jurídica" (LASCURAÍN, *Solo penas legales*, pp. 24-25).

⁷³ Sobre la conexión del *bis in idem* material con el principio de proporcionalidad, vid. PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, 2002, p. 74, quien no obstante ve también en dicho principio una lesión del derecho a la legalidad desde el principio de seguridad jurídica. Por su parte, LASCURAÍN, *Solo penas legales*, pp. 26-27, muestra sus dudas sobre esto último, considerando que la prohibición de doble sanción recibe su fundamentación directamente del principio de proporcionalidad.

La vinculación entre el derecho a la legalidad y la libertad —entendida ésta en sentido amplio, como autonomía individual—, que como es sabido se remonta a los orígenes de la formulación del derecho por el pensamiento ilustrado⁷⁴, ha sido también puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, si bien quizá no ha existido un desarrollo suficiente de todas sus implicaciones. Por ejemplo, la STC 101/1988, FJ 3 destacó que el principio de legalidad "se funda a su vez en los de libertad (regla general de licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse)", y la STC 129/2006 traza el vínculo que une ambos principios, si bien reconduciendo la libertad a la derivada de la previsibilidad de lo prohibido: el "derecho a la legalidad sancionadora en su faceta de exigencia de predeterminación suficiente de las conductas sancionables está íntimamente relacionado con la seguridad jurídica de modo que su fundamento reside en que el ciudadano no se vea sorprendido con una actuación sancionadora imprevisible ... pues condición del ejercicio de la propia libertad es conocer las consecuencias jurídicas de los propios actos, de modo que el ciudadano pueda acomodar su conducta a las previsiones normativas".

Respecto de la fundamentación de las garantías de taxatividad y tipicidad, el Tribunal Constitucional ha venido poniendo el acento, además de en la exigencia de seguridad jurídica, en el principio de división de poderes⁷⁵, pero quizá no haya profundi-

⁷⁴ Sobre ello puede verse MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, 1983, pp. 9 ss., 36 ss.

⁷⁵ Cfr., por ejemplo, la STC 229/2007, FJ 4, y las que ésta cita: el que técnicas jurídicas como la analogía o la interpretación extensiva, "que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del

zado suficiente —al menos expresamente— en el fundamento basado en la autonomía individual, ni se haya detenido lo suficiente en cómo deben relacionarse entre sí los distintos fundamentos del art. 25.1 CE. La reflexión sobre los fundamentos me parece importante porque, siendo varios los valores constitucionales que informan el derecho a la legalidad, se plantea el problema de su eventual colisión, pudiendo llegar en ocasiones a establecer un distinto alcance del derecho según se alzaprime alguno de ellos en detrimento de los restantes. Así, por ejemplo, si el acento se pone exclusivamente sobre la seguridad jurídica, tanto la garantía de taxatividad como la de tipicidad habrán de exigirse con idéntico rigor independientemente de cuál sea la consecuencia jurídica —más o menos grave— del precepto. Si, en cambio, se atiende al fundamento de la libertad, sería razonable modular la exigencia derivada de tales garantías en atención al grado de afectación a la libertad que la consecuencia jurídica suponga. De hecho, sólo en atención a esta fundamentación se justificaría la afirmación realizada con anterioridad relativa a que cuanto más grave sea el delito y la consecuencia jurídica más debería reforzarse la exigencia de taxatividad. De igual modo, el diferente grado de incidencia en la libertad del ciudadano es lo que también justificaría que tales garantías posean más intensidad en el ámbito penal que en el administrativo. Y por poner un ejemplo más, una exigencia de taxatividad —o de tipicidad— fundada únicamente en la garantía de la seguridad jurídica, entendida ésta como certeza normativa, habría de llevar a exigir el mismo grado de determinación en la regulación de las eximentes que en la descripción de las conductas prohibidas; si tal opción resulta rechazable, ello

principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4) (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8)".

se debe a la imbricación de la libertad como cofundamento del derecho a la legalidad⁷⁶.

Quizá, como digo, sea profundizando en el fundamento de la autonomía individual como pueda incardinarse bajo el derecho a la legalidad la exigencia constitucional *al juez* de que la aplicación de las normas penales “no produzca un patente derroche inútil de coacción”. A mi modo de ver, si compleja resulta la articulación del principio de proporcionalidad en la garantía de taxatividad —como exigencia dirigida al legislador—, menos plausible me resulta la posibilidad de hacer brotar del art. 25.1 CE un mandato de *prohibición de exceso* al juez, quien desde luego —y por mucho que se le conciba como “agente último del proceso normativo”⁷⁷— está sometido a una previa decisión político-criminal esencial del legislador como es la determinación de los marcos y mínimos de la pena aplicable a un tipo penal⁷⁸. En este sentido, el Tribunal ha venido considerando que la determinación de la pena conforma una cuestión de legalidad ordinaria, fiscalizable desde el más laxo control, propio de la tutela judicial efectiva, de la motivación exenta de irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente; y ha destacado precisamente que la medida de la motivación constitucionalmente exigible será el margen de arbitrio judicial del que, en cada caso, goce el Juez para imponer la pena que corresponda al delito cometido, partiendo de que “en un sistema legal de determinación de la pena caracterizado por la estrecha vinculación del Juez a la ley, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación judicial” (STC 196/2007, FJ 7). Por ello, incluso ante

⁷⁶ Sobre esto último, cfr. MORESO, “Principio de legalidad y causas de justificación”, *Doxa* 24 (2001), pp. 525, p. 535-536.

⁷⁷ LASCURAÍN, *Solo penas legales*, cit., p. 110

⁷⁸ En otro sentido para manifestarse HUERTA TOCILDO, “Comentario al art. 25.1 CE”, cit., p. 742.

el caso de la imposición de la pena máxima en ausencia de toda motivación a una conducta con una gravedad ostensiblemente menor, estaríamos ante la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y no del derecho a la legalidad, con la trascendental diferencia que, mientras en este último caso un fallo estimatorio en el amparo llevaría a la nulidad de la sentencia condenatoria, si se declara lesionado el derecho recogido en el art. 24.1 CE el fallo conllevaría la nulidad con retroacción de actuaciones.

4. La previsibilidad metodológica. El delito fiscal como ejemplo

Por lo que respecta al criterio de la previsibilidad metodológica, demandan las citadas SSTC 137 y 151 de 1997 no sólo que la decisión no infrinja reglas de la lógica, sino además que resulte fundada en “modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”. Para establecer ese marco de razonabilidad, el Tribunal ha venido apelando en no pocas ocasiones a la aplicación de estándares exegéticos jurisprudenciales o doctrinales, de cara a establecer si los patrones de interpretación de la resolución impugnada eran o no metodológicamente irrazonables y, con ello, imprevisibles. Así, por ejemplo, el ATC 143/1998 —una de las muchas resoluciones que dictó el Tribunal en relación con el llamado *caso Filesa*— rechaza que la subsunción en el tipo de apropiación indebida (art. 535 del antiguo CP) de determinadas conductas de administración desleal del patrimonio societario suponga una interpretación extravagante, lesiva del derecho a la legalidad, fundando tal conclusión en “una asentada línea jurisprudencial [del Tribunal Supremo] que respalda la opción ahora reiterada”, así como en la existencia de una “viva discusión doctrinal acerca de la subsunción de ciertos supuestos de administración desleal del patrimonio ajeno en el art. 535 del Código Penal anterior” (FJ 3). De igual modo, la STC 170/2007

consideró que no era lesiva del art. 25.1 CE la aplicación del tipo penal de apropiación indebida a quien, frente al acuerdo verbal de compartir el premio de lotería con quienes había comprado el décimo en común, se apoderó del mismo, bajo la consideración de que no “se aparta de la interpretación usual del Tribunal Supremo en materia de apropiación indebida (en la que está presente de forma continua la idea de transmutación de la legítima posesión en ilegítima propiedad), y en concreto en materia de apropiación de dinero” (FJ 13).

Apelar a la jurisprudencia mayoritaria tiene, a mi juicio, pleno sentido, puesto que más previsible será una respuesta judicial cuanto más consolidada esté entre los operadores jurídicos. A ello me refería líneas más arriba cuando mencionaba, quizá impropiamente, la estabilidad de las decisiones judiciales como un factor inherente a la garantía de tipicidad⁷⁹. Ello no significa, no obstante, que toda decisión que se aparte de la posición mayoritaria o incluso unánime seguida en la Sala Segunda sea automáticamente lesiva del derecho a la legalidad; ahora bien, apenas cabe dudar que una decisión minoritaria tendrá siempre la *carga de la argumentación*, por lo que el esfuerzo argumental, plasmado en la necesaria motivación de la Sentencia, habrá de ser mayor⁸⁰. En este sentido, procede recordar que la motivación viene a constituir un requisito constitucional básico directamente derivado del art. 25.1 CE, y no sólo desde el más genérico canon del derecho a

⁷⁹ Estabilidad normativa y judicial que debe erigirse en un valor a proteger en sí mismo, derivado de las garantías inherentes al art. 25.1 CE y al mandato de seguridad jurídica que le es propio. En este sentido, FERRERES, *El principio de taxatividad*, cit., p. 44.

⁸⁰ Recuerda GARCÍA ALBERO, *JpD*, p. 82, que también en el ámbito de las leyes penales en blanco, el TC alude a “un criterio jurisprudencial bien conocido” como argumento para justificar que la interpretación de un determinado elemento precisado de complementación extrapenal no resulta imprevisible para sus destinatarios.

la tutela judicial efectiva. Así lo puso de manifiesto con especial énfasis la STC 151/1997, en la que se afirmó además que el deber de motivación era también especialmente exigible ante la aplicación de preceptos penales con conceptos abiertos o indeterminados, pues es al juez —tal como ya hemos manifestado— a quien corresponderá fijar el contenido de la ley cuando ésta es oscura.

De cualquier modo, la garantía de tipicidad puede vulnerarse aun cuando la decisión impugnada haya aplicado la jurisprudencia unánime. Ello es lo que, por ejemplo, ha considerado el Tribunal en la discutida STC 120/2005, en la que se declara lesiva del derecho a la legalidad la inclusión del fraude de ley en el delito fiscal. En relación con la cuestión que nos ocupa, resulta llamativo de dicha resolución que para rechazar la interpretación consolidada del Tribunal Supremo se apele —como indicio de su irrazonabilidad— a la opinión mayoritaria, y de signo contrario, de la doctrina (FJ 6)⁸¹.

Detengámonos un instante en dicha Sentencia. Los hechos tienen su origen en una resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona que revocó la absolución por delito fiscal acordada por la Sentencia de instancia a partir de una modificación de la calificación jurídica de los hechos, considerándolos, frente a la figura del negocio simulado por que optó el Juzgado, un supuesto de fraude de ley tributaria. Sobre tal diferencia en la calificación jurídica, afirma la Sentencia que “importa, y mucho, la alteración operada por el órgano judicial *ad quem* al modificar la calificación de los hechos realizada por las acusaciones a título de “negocio simulado” por la de “fraude de ley tributaria”, toda vez

⁸¹ Razón por la que la doctrina ha aplaudido tal resolución. Cfr., por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, “Fraude de ley tributaria y delito fiscal. Unas reflexiones desde los principios constitucionales del Derecho penal”, LL n.º 6296, 2005; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 46 ss.

que, mientras que la simulación comercial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista” (FJ 4). Partiendo de ese hecho, considera el Tribunal que la subsunción del fraude de ley en el tipo penal de la defraudación tributaria ha de considerarse una aplicación analógica del tipo penal, dado que éste exige una maniobra defraudatoria de ocultación que no tiene lugar en el fraude de ley, en el que “no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal” (FFJJ 4 y 5).

La citada resolución presenta algún interrogante en relación con los límites de aplicación del canon de tipicidad. De una parte, cabría preguntarse si puede calificarse de extravagante o, en suma, de *imprevisible para sus destinatarios* una decisión que sigue el criterio casi unánime del Tribunal Supremo; más en general, cabría también preguntarse si, siendo tan evanescente el canon meramente gramatical que la Sentencia también emplea para afirmar una aplicación analógica del tipo, la citada resolución no habría hecho una aplicación extensiva del canon constitucional de la garantía de tipicidad, cayendo en una revisión demasiado incisiva de la decisión judicial⁸².

En este sentido, no puede sino compararse dicha resolución con la que posteriormente ha dictado el Tribunal *ante un supuesto prácticamente idéntico*. Con ocasión del análisis de la STC 120/2005, se preguntaba Silva lo que haría el Tribunal Constitucional “con los casos en que, pese a no existir realmente una simulación, los órganos judiciales penales hayan calificado las

⁸² Así se manifiesta también LASCURAÍN, *Sólo penas legales*, cit, p. 126.

conductas llevadas a cabo como negocios simulados”. Y se atrevía a hacer una conjetura al respecto, partiendo del hecho de que “la STC 120/2005 contiene una clara caracterización de lo que es simulación, distinguiéndola de lo que es fraude de ley”. “Sentado esto —afirmaba— lo procedente no puede sino que el Tribunal Constitucional revise la, en su caso, errónea calificación judicial penal en este punto, ya entendiendo que la valoración de la prueba ha sido irracional (si se considera que la calificación como simulación es una “cuestión de hecho”), ya entendiendo que se ha desbordado el sentido literal posible de la propia noción de simulación y, por ende, de defraudación (si se considera que la calificación como simulación es “cuestión jurídica”)”⁸³.

La STC 29/2008 ha venido, me parece, a defraudar las expectativas de Jesús Silva, y ello por cuanto ante un supuesto fácticamente *idéntico* al que tuvo por objeto la STC 120/2005 —y en el que, por tanto, no concurría una ocultación o simulación—, el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de la condena por delito fiscal de hechos calificados por el Tribunal Supremo como un supuesto de negocio simulado. El núcleo argumental en que se fundamenta la inexistencia de lesión del art. 25.1 CE es el siguiente: “Esta comprensión de que concurre una defraudación penalmente típica por las características del negocio practicado, carente del equilibrio de contraprestaciones propio de la compraventa, por la índole peculiar del adquirente, y por el resultado final de impago de tributos, podrá resultar expansiva a los ojos del recurrente pero, y esto es lo único que ahora importa, no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial de delito. No cae fuera del campo semántico del verbo “defraudar” que puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas a margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago

⁸³ SILVA, *cit.* pp. 51-52.

de impuestos. No es tampoco el fruto de un razonamiento ilógico o ajeno a las pautas interpretativas asentadas en la comunidad jurídica, sin que en ningún caso lo sea el que se condicione de este modo la juridicidad de ciertas operaciones mercantiles, que serían sólo inicial y aparentemente regulares. Y no revela desde luego la utilización de valores o principios contrarios a la Constitución” (FJ 4).

Y frente la alegación del recurrente de que el supuesto de hecho es idéntico al resuelto por la STC 120/2005, responde el Tribunal que su objeto de análisis no es el enjuiciamiento de los hechos, sino la argumentación de las resoluciones judiciales, por lo que, estando ante un diferente razonamiento en ambas resoluciones —fraude fiscal en la primera, y negocio simulado en la segunda— debe llegarse a una distinta conclusión en relación con la lesión del art. 25.1 CE. “Dicho en forma conclusiva: el objeto de esta Sentencia y de la STC 120/2005 son diferentes porque diferente es el razonamiento interpretativo y subsuntivo de las resoluciones impugnadas; no puede atenderse a la petición de que se aplique la doctrina constitucional en la presente Sentencia del mismo modo estimatorio que en la STC 120/2005 porque su objeto es diferente hasta el punto de que las Sentencias ahora recurridas niegan el punto de partida argumentativo de las Sentencias que fueron objeto de reproche constitucional en la STC 120/2005” (FJ 5).

El contraste entre ambas resoluciones es expresivo de los límites de actuación del Tribunal. Ciertamente, algo hay de contradictorio entre ambas resoluciones, particularmente en sus resultados, puesto que si razonable es subsumir la conducta X en el delito fiscal entendida como negocio simulado, razonable habría de ser también subsumir el *mismo hecho* X en el delito fiscal. Y lo contrario es también válido: si irrazonable (por imprevisible) era subsumir el hecho X en el tipo del delito fiscal por considerarlo

un fraude de ley, irrazonable habría de ser subsumir *el mismo hecho X* en el mismo tipo penal⁸⁴.

En realidad, la contradicción no puede atribuirse al Tribunal Constitucional, sino antes al propio Tribunal Supremo, al otorgar una concepción muy amplia del concepto de la simulación para calificar como tales supuestos que, en rigor, habrían de considerarse fraudes atípicos. Tal como pone de manifiesto Silva, es un recurso habitual en la doctrina del Tribunal Supremo para subsumir este tipo de casos bajo el tipo penal del delito fiscal “concebir la idea de simulación de modo hiperextensivo que lleva a calificar como negocios simulados operaciones que la doctrina, de modo prácticamente unánime, considera constitutivas de fraude de ley”. No puede sorprender, por ello, que los argumentos que emplea el Tribunal Supremo para ese fin, según afirma el autor citado, sean, en efecto, los que la Sentencia del Tribunal Supremo revisada por la STC 129/2008 utilizó: dice Silva que “en muchos casos en los que, cómo máximo, cabría apreciar en realidad un fraude de ley, la Jurisprudencia acaba presumiendo la existencia de una simulación con el argumento de que el negocio en cuestión no se corresponde con la “racionalidad económica”. Una “racionalidad económica que, además, se pretende definir de modo objetivo y uniforme, declarándose en consecuencia lo que tie-

⁸⁴ Un planteamiento similar se encuentra en RUIZ ZAPATERO, *Analogía, fraude y simulación legal en el delito fiscal: Sentencias del Tribunal Supremo y STC 120/2005, 2006*, p. 211: “Si cabe la calificación “alternativa” de un mismo delito fiscal a título de fraude tributario y a título de simulación tributaria es porque fraude y simulación son “análogos”. Si no cabe la primera porque constituye una aplicación analógica del tipo penal, lo mismo debe sostenerse en relación con la segunda. En efecto, si “A” (fraude) es análogo a “B” (tipo penal) está prohibido constitucionalmente, igualmente debe estar prohibido “C” (simulación) es análogo a “B” (tipo penal). La calificación “alternativa” sólo cabría como consecuencia de la previa relación de analogía entre “A” y “B” ”.

ne sentido económico y carece de éste, al margen de preferencias individuales (...) Se pretende sostener que a una determinada prestación le corresponde, por necesidad, una determinada contraprestación, de una magnitud determinada; de modo que si la contraprestación es inferior se estaría produciendo también una defraudación”⁸⁵. Como decía, no otra es la argumentación del Tribunal Supremo: los “componentes de simulación” que el Supremo detecta en los hechos radican “en la falta de lógica económica de la operación más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos” (STC 129/2008, FJ 4).

La cuestión de fondo radica en que el Tribunal no está llamado a resolver esa contradicción, por cuanto la misma se predica de la interpretación de la legalidad. Ante el cambio de etiquetas efectuado por el Tribunal Supremo —del fraude de ley al negocio simulado—, el Constitucional sólo puede —y sólo debe— oponer el citado criterio de la razonabilidad semántica, metodológica y teleológica. Y desde el mismo, ningún reproche de índole constitucional cabe efectuar.

La STC 129/2008 es, a mi juicio, un modelo de rigor en la aplicación del citado canon de enjuiciamiento, así como un buen ejemplo de la tendencia autorrestrictiva que inspira el mismo. Quizá no pueda decirse lo mismo de la STC 120/2005, cuya argumentación se sumerge en exceso en el plano de la legalidad ordinaria. Si, como expresamente afirma la STC 129/2008, el “campo semántico del verbo “defraudar”... puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos”, la conclusión ha de ser que el fraude de ley, desde tales términos, puede caer bajo el campo semántico del verbo defraudar, porque no es sino la utilización de una norma jurídica al margen de su finalidad propia

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, *cit.*, pp. 35-37.

y con causa en la elusión del pago de impuestos. No ha de ser ésta la *interpretación más correcta*, pero tampoco creo que pueda considerarse una *interpretación imposible*. Expresado de otro modo: podrá ser dogmáticamente discutible, e incluso rechazable, pero ello no implica *per se* que deba declararse una aplicación inconstitucional de la legalidad.

El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal¹

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de Barcelona

I

La aprobación de la Constitución española en 1978, que supuso la culminación de la transición a la democracia, obligó a una relectura del ordenamiento jurídico desde la nueva óptica del Estado constitucional. Mi generación sintió con claridad que ello había de afectar a las bases mismas de la construcción teórica del Derecho penal. Personalmente encontré en la Constitución un apoyo jurídico-positivo a la fundamentación político-criminal y dogmática del Derecho penal en el modelo de Estado social y democrático de Derecho². Pero el desarrollo de la relectura cons-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación "Constitución y Derecho Penal", referencia DER2008-04410/JURI.

² Cuando en 1975 escribí mi *Introducción a las bases del Derecho penal* (1ª ed. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1976, 2ª ed. Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2002), Franco todavía vivía, pero reivindicé el modelo del Estado social y democrático de Derecho como el que se había impuesto en nuestro entorno cultural. Tras aprobarse la Constitución en 1978, en mi librito *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed. Barcelona (Bosch Casa Editorial) 1979, 2ª ed. 1982, apoyé mi concepción de la función del Derecho penal en la nueva Constitución y la puse en la base de la teoría del delito.